



Papeles el tiempo de los derechos

**“LA EXIGIBILIDAD JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS: ESPECIAL
REFERENCIA A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
(DESC)”**

Jaume Saura Estapà
Facultad de Derecho. Universitat de Barcelona
Institut de Drets Humans de Catalunya

Palabras Clave: derechos económicos, sociales y culturales; exigibilidad; derecho internacional; protocolo facultativo al PIDESC

Número: 2 Año: 2011

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)



Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)

No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.

LA EXIGIBILIDAD JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS: ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (DESC)*

Jaume Saura Estapà
Facultad de Derecho, Universitat de Barcelona
Institut de Drets Humans de Catalunya

Índice 1. Los DESC como categoría de derechos humanos. 2. Exigibilidad vs. Justiciabilidad de los derechos sociales. 3. El plano internacional: tenor de los Pactos internacionales y mecanismos específicos de supervisión. 3.1 Comparativa entre los artículos 2 y 4 de ambos Pactos. 3.2 Supervisión del cumplimiento del PIDESC: el protocolo facultativo de 2008. 3.3 Otras experiencias: la Carta Social Europea y el Protocolo de 1995. 4. Los derechos sociales en tiempos de crisis económica. 5. Reflexiones conclusivas.

* * *

La efectiva realización de los derechos económicos, sociales y culturales es uno de los retos que tiene planteada la teoría de los derechos humanos, máxime en tiempos de crisis económica global. La tradicional minusvaloración de estos derechos respecto de los de “primera generación” ha arrojado serias dudas sobre su *exigibilidad* y, en última instancia, su propia *juridicidad*. El objeto de la presente contribución es analizar hasta qué punto y de qué modo son exigibles estos derechos, especialmente desde la perspectiva del derecho internacional. Abordaremos así la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, las particularidades de su exigibilidad y las dimensiones de ésta en derecho internacional.

1. LOS DESC COMO CATEGORÍA DE DERECHOS HUMANOS

Si los grandes valores éticos que acompañan a la *dignidad humana* como fundamento de los derechos humanos son la *libertad* y la *igualdad*, los llamados derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC o sencillamente, derechos sociales) responden sin duda al segundo de ellos ya que, como señala Pérez Luño, el punto en común de los distintos derechos que suelen englobarse en esta categoría “viene dado por su tendencia a pormenorizar las exigencias que se desprenden del principio de igualdad”.¹ Sin embargo, tampoco debe llevarse esa separación entre valores hasta el último extremo, pues todos los derechos humanos tienen dimensiones “de libertad y de igualdad, aunque la fundamentación de cada uno se base en una dimensión diferente de

* Este papel se enmarca dentro del proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” CSD2008-00007 y del proyecto de investigación “La exigibilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en situaciones de crisis” (Ministerio de Ciencia e Innovación).

¹ Antonio-Enrique Pérez Luño: “Los derechos sociales y su significación actual”, en Virgilio Zapatero e Isabel Garrido, *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá, 2009, p. 42.

estos valores”.² la libertad formal y la igualdad ante la ley serían típicas de los derechos civiles y políticos; la libertad real, entendida como capacidad, y la igualdad material, como punto de llegada, de los derechos sociales.³

La pretendida dicotomía “libertad-igualdad” no es la única que se ha utilizado como argumento para minusvalorar los derechos sociales: la idea de derechos colectivos *versus* derechos individuales o de derechos de prestación *versus* derechos de abstención son otras disyuntivas que pretenden demostrar el carácter *inexigible* de los derechos sociales. Me interesa destacar este último argumento por ser el más elaborado y el que, en última instancia, inspira la escasa protección que la Constitución española depara a los derechos sociales. Según este razonamiento, los derechos sociales serían aspiraciones más bien indeterminadas, que “exigen por parte de los poderes públicos actuaciones positivas, a menudo con un coste más o menos elevado”⁴, incluyendo el imprescindible desarrollo legislativo para dotarlos de contenido y precisión jurídicos. Este planteamiento coincide con la configuración de los derechos sociales en la Constitución española donde, como es sabido, no aparecen dentro del catálogo de derechos “fundamentales”, sino entre los “principios rectores de la política social y económica” (arts. 39-52 CE), distinción que lleva acarreada, entre otras cosas, su inexigibilidad mientras no sean objeto de “desarrollo legislativo” (art. 53.3 CE) y la consiguiente incapacidad de recurrir directamente su vulneración en amparo ante el Tribunal Constitucional.⁵

Lo que cabe plantearse, sin embargo, es si esta dicotomía es “consustancial” a los derechos sociales o forma parte de una deliberada opción política respecto de su protección. Para ello habría que empezar por identificar cuáles son los “derechos sociales”, una cuestión mucho menos evidente de lo que podría parecer a simple vista.

Si tomamos como referencia los artículos 22 a 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en combinación con la Parte III (artículos 6 a 15) del PIDESC, cabe identificar los siguientes derechos humanos como DESC: derecho al trabajo y derechos en el trabajo (incluyendo sindicación y huelga, pero también toda una serie de derechos que permiten ejercer una ocupación en “dignidad”);⁶ derecho a la seguridad

² Cristina Monereo: “Una teoría de los derechos sociales es posible”, en Pisarello – Valiño, *Herramientas para la defensa de los DESC*, Observatori DESC, Barcelona, 2006, p. 15.

³ *Ibid.*, p. 16.

⁴ Gerardo Pisarello: “Los derechos sociales y sus „enemigos”: elementos para una reconstrucción garantista”, en Vanesa Valiño (coordinadora): *Defender y repensar los derechos sociales en tiempos de crisis*, Observatori DESC, Barcelona, 2009, p. 14.

⁵ Lo que, en realidad, tampoco cabe para todos los derechos civiles y políticos, sino sólo para aquellos “derechos fundamentales y libertades públicas” enumerados en los artículos 14 a 29 CE. Además, tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo de 2007, sólo son admisibles los recursos que tengan una “especial trascendencia constitucional”, lo que “se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación y contenido de los derechos fundamentales”. (arts. 49 y 50 LOTC). Vid. Ana Espinosa Díaz, “El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma”, *Revista para el Análisis del Derecho INDRET*, marzo de 2010. <http://www.indret.com/es/>

⁶ Respecto de los derechos específicamente laborales, merece la pena destacar la ingente labor desarrollada por la Organización Internacional del Trabajo, en particular su elaboración de “derechos fundamentales en el trabajo”, tanto en la Declaración de 1998 como en la selección y promoción de los ocho “convenios fundamentales” a tal fin. Vid. Jaume Saura et al: “The UN

social; protección y asistencia a la familia, en especial madres y menores de edad; derecho a un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación (a lo que hoy habría que añadir agua potable y saneamiento), vestido y vivienda; derecho a la salud; derecho a la educación; y derecho a la cultura, que incluye tanto los derechos derivados de la propiedad intelectual como el derecho a disfrutar de la cultura y de los avances de la ciencia y la tecnología.

Sin embargo, este listado puede discutirse desde otras perspectivas jurídicas, pues tanto en el contexto europeo (Protocolo 1 al Convenio europeo) como español (artículo 27 CE), la educación se considera un derecho “fundamental” y se protege como tal, mientras que en el caso europeo, los derechos culturales no aparecen ni siquiera en la Carta Social Europea.⁷ Además, algunas “dimensiones” de estos derechos, como la protección de la familia o la libertad de sindicación, forman parte de los derechos contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁸ sin olvidar que limitarnos al elenco enumerado en el párrafo anterior dejaría de lado la dimensión social de buena parte de los derechos de colectivos vulnerables, tal como los recogen los respectivos tratados y declaraciones de las Naciones Unidas: mujer, niños y niñas, trabajadores migrantes, personas con discapacidad, minorías y pueblos indígenas, etc.

Así las cosas, cabe avanzar algunas reflexiones preliminares sobre la categoría de los derechos sociales:

a) La ubicación de los derechos humanos en la categoría de derechos civiles y políticos o en la de derechos sociales no es tajante, sino que obedece a opciones de técnica legislativa. Muchos derechos comparten dimensiones de ambas categorías o no tienen un encaje claro en ninguna de ellas.

b) Tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales contienen tanto elementos prestacionales como elementos de abstención. Claramente, el derecho a la tutela judicial efectiva o al sufragio activo y pasivo, requieren de un fuerte intervencionismo del Estado, no sólo en desarrollo legislativo, sino en forma de provisión de jueces, magistrados y otros funcionarios, mesas electorales y organización electoral, etc. Del mismo modo, la mayor parte de derechos laborales se pueden resolver por vía legislativa sin ningún desembolso por parte del Estado: igual salario por igual trabajo; prohibición del trabajo infantil; seguridad e higiene en el trabajo... Claro que las normas deben acompañarse de un eficiente sistema de inspección, pero es que también la prohibición de la tortura, por ejemplo, debe ser *vigilada* por los órganos del Estado.

c) Tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales tienen un “contenido esencial” que podría ser exigible sin desarrollo normativo alguno,⁹ pero

Context for Sustainability Labelling and Certification”, en Mar Campins, *Sustainability Labelling and Certification*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 106 – 117; y Jordi Bonet, *La reglamentación internacional del trabajo...*

⁷ La Carta Social Europea revisada (1996), aparte de pormenorizar algunos derechos sociales, sobre todo los laborales, aporta novedades al listado, como derechos de personas con discapacidad, de los trabajadores migrantes (pero sólo de los Estados parte) y de las personas de avanzada edad, así como la protección contra la pobreza y la exclusión social.

⁸ Del mismo modo, el derecho a fundar y formar parte de sindicatos y el derecho de huelga son derechos fundamentales en el artículo 28 CE.

⁹ “El Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima

requieren en mayor o menor medida de desarrollo legislativo para dar de sí todas sus potencialidades. Además de los anteriores ejemplos (tutela judicial, sufragio), derechos fundamentales como la libertad de asociación o la prohibición de la tortura sólo se pueden realizar *efectivamente* si hay medidas de fomento y apoyo al asociacionismo (subvenciones y otras ayudas, incluyendo la cesión de lugares de encuentro) y de formación de los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado (si queremos prevenir y no sólo sancionar la tortura y otros malos tratos). Asimismo, cabe argumentar que un desalojo forzoso, sin justificación ni garantías judiciales, vulneraría el derecho la vivienda del propietario o arrendatario; o que la imposibilidad para un niño/a de acceder a la educación primaria de forma “obligatoria y gratuita” (art. 13.2 PIDESC) vulneraría el derecho a la educación. Y ello aunque no haya ninguna Ley que desarrolle estos derechos.

Así pues, la clave para determinar la exigibilidad de los DESC se hallaría en ser capaces de identificar ese “contenido esencial”, que no tiene por qué ser especialmente “mínimo” o “básico”, sobre el que se construyen los distintos derechos sociales. Es decir, superar el enunciado general del derecho (“trabajo”, “salud”, “educación”, “vivienda”, etc.) y definir el contorno y alcance específico de cada uno de ellos.¹⁰ Una operación que, por cierto, es igualmente imprescindible en el caso de los derechos civiles y políticos.

2. EXIGIBILIDAD VS. JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Afirma Martínez de Pisón que “la exigibilidad de los derechos sociales remite a la posibilidad de reclamar judicialmente el cumplimiento de las obligaciones derivadas”.¹¹ ¿Exigibilidad y justiciabilidad son términos sinónimos? Entiendo que no, que el recurso judicial es sólo una, aunque quizás la más potente, de las vías para exigir los derechos ante los poderes públicos. En este orden de cosas, Abramovich y Courtis distinguen dos tipos de “exigibilidad”, directa e indirecta, que a su vez poseen distintas dimensiones.¹² La exigibilidad directa les permite hablar de *garantías normativas* (relativas al reconocimiento del derecho a escala nacional e internacional) y *garantías jurisdiccionales*, es decir, la posibilidad de reclamación ante los tribunales. Por su parte, la exigibilidad indirecta permite la defensa de los derechos sociales a través de la invocación de *principios generales* que se predicán de todos los derechos, como la igualdad y la no discriminación o el derecho a la tutela judicial efectiva. A esto último se refiere Pisarello como “justiciabilidad por conexión”, esto es, la tutela de los derechos sociales en virtud de su relación con otros derechos “fundamentales”: “el derecho de audiencia (art. 105 CE), a recibir información (art. 20 CE), a participar en los asuntos públicos (art. 23 CE), a no ser discriminado (art. 14 CE) forman parte de un

de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”. Observación General n. 3 (1990) del Comité DESC, párrafo 10.

¹⁰ Sobre el contenido esencial de los derechos sociales y el alcance de la interpretación de estos derechos, vid. dos working papers publicados en esta misma colección: Rafael de Asís Roig, “Un apunte sobre la interpretación de los derechos sociales”, WP 2, 2009 y Felipe Gómez Isa, “The Reversibility of Economic, Social and Cultural Rights in Crisis Contexts”, WP 1, 2011.

¹¹ Jesús Martínez de Pisón, “Los derechos sociales: unos derechos controvertidos”, en Virgilio Zapatero e Isabel Garrido, *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, cit., p. 98

¹² Víctor Abramovich. – Christian Courtis: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

contenido de los derechos sociales perfectamente alegable ante los tribunales”.¹³ Entre estos elementos destaca el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación, como tendremos ocasión de señalar más adelante.

Así pues, la exigibilidad, en un sentido lato, tiene que ver con la concreción del alcance del derecho (su contenido esencial); la identificación de sus titulares, así como del responsable de hacerlo efectivo; y, sólo por último, la existencia de vías formales de acceso de los primeros a los segundos para reclamarles en Derecho el respeto a los derechos de aquéllos mediante el cumplimiento de las obligaciones de estos. Estas vías de acceso pueden ser jurisdiccionales, pero también administrativas u otras. De hecho, el mismo Martínez de Pisón reconoce que “cuando hablamos de exigibilidad nos referimos a los procedimientos de reclamación para que los poderes públicos cumplan sus obligaciones de actuar”; exigibilidad que “depende, las más de las veces, de aspectos relacionados con la técnica jurídica”.¹⁴ De la misma manera, la “justiciabilidad” va a depender más de las leyes procesales que del carácter inherentemente exigible o no de determinado derecho.

Ello no obsta a afirmar que buena parte de los derechos sociales puedan ser “justiciables” en sentido estricto. En este sentido se ha pronunciado la Corte interamericana de derechos humanos al señalar que “entre los derechos llamados económicos, sociales y culturales hay también algunos que se comportan o pueden comportarse como derechos subjetivos exigibles jurisdiccionalmente”. También el Comité DESC de la ONU ha establecido que el PIDESC contiene derechos que “cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales del Estado”.¹⁵

“Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de *justiciabilidad*. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que *los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles*. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”.¹⁶

En una Observación General más reciente, relativa a la prohibición de la discriminación en el disfrute de los DESC, el comité ha señalado la exigibilidad de tal obligación al apuntar que “entre las instituciones que se ocupan de las denuncias de discriminación se

¹³ Gerardo Pisarello: “La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”, en *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, editorial Bomarzo, Albacete, 2010, p. 57.

¹⁴ Vid. Martínez de Pisón, p. 102.

¹⁵ Informes de la Corte interamericana y del Comité DESC citados por Alfonso M. Chacón Mata: *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad*, Universidad de Deusto – Instituto de Derechos Humanos, Bilbao, 2007, p. 41 y 52.

¹⁶ Observación general n. 9 (1998) del Comité DESC, “La aplicación interna del Pacto”, pár. 10. El subrayado es nuestro.

suelen incluir los *tribunales*, las autoridades administrativas, las instituciones nacionales de derechos humanos y/o defensores del pueblo”, que deben estar facultadas para proporcionar recursos eficaces (“indemnización, reparación, restitución, rehabilitación”, etc.) frente a las violaciones de derechos sociales, así como para “interpretar las garantías jurídicas internas de igualdad y no discriminación de manera que faciliten y promuevan la plena protección de los derechos sociales”.¹⁷

En cualquier caso, esta distinción entre justiciabilidad y la más amplia *exigibilidad* resulta especialmente pertinente si abordamos la cuestión desde la perspectiva del derecho internacional porque, como es sabido, la ausencia de “justiciabilidad” es más bien la regla general en derecho internacional. Pero esa carencia de mecanismos jurisdiccionales, al menos en el plano universal, no es óbice para considerar el respeto a los DESC tan exigible como lo puedan ser otras categorías de derechos; o, en general, cualquier obligación jurídica internacional.

3. EL PLANO INTERNACIONAL: TENOR DE LOS PACTOS INTERNACIONALES Y MECANISMOS ESPECÍFICOS DE SUPERVISIÓN

En el plano internacional, la doctrina de la “universalidad, indivisibilidad e interdependencia”¹⁸ de los derechos humanos permite afirmar que derechos civiles y derechos sociales son igualmente exigibles desde el punto de vista jurídico. Además, ambas categorías de derechos vienen recogidas en sendos tratados internacionales (PIDCP y PIDESC) jurídicamente vinculantes para sus muchos Estados parte.¹⁹ Sin contar con que los tratados “especializados” (mujeres, niños, personas con discapacidad, etc.) enumeran indistintamente uno y otro tipo de derechos, como hace también la Declaración Universal.

Sin embargo, esa condición jurídicamente vinculante de las normas internacionales de protección de los derechos sociales no puede esconder que la *naturaleza* de las obligaciones que asumen los Estados al manifestar su compromiso en obligarse por uno y otro Pacto sea distinta, ni que, hasta fecha muy reciente, los *mecanismos* de supervisión de uno y otro estuvieran muy desequilibrados.

3.1 Comparativa entre los artículos 2 y 4 de ambos Pactos

Como se ha dicho hasta la saciedad, los dos Pactos no sólo difieren en la tipología de derechos enumerados, sino en la naturaleza de las obligaciones que se imponen a sus Estados parte. Así, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece obligaciones inmediatas y de resultado, mientras que el PIDESC prevé obligaciones de comportamiento. En el primero de estos tratados, los Estados parte se obligan

¹⁷ Observación general n. 20 (2009) del Comité DESC, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC)”, p. 40.

¹⁸ Se predica como mínimo desde la Declaración Final de la Conferencia de Viena (1993) hasta nuestros días (párrafo 4 del preámbulo del Protocolo opcional al PIDESC de 2008), pasando por la Declaración del Milenio (2000), la Declaración del 60 aniversario de las Naciones Unidas (2005), etc.

¹⁹ A junio de 2010, el Pacto de Derechos Civiles contaba con 165 estados parte, mientras que el PIDESC tenía 160.

“a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna” (art. 2.1 PIDCP).

Mientras que el segundo dice que los Estados parte deben

“adoptar medidas (...), especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (art. 2.1 PIDESC)

Asimismo, merece la pena destacar que de acuerdo con el PIDCP “Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados *podrá interponer un recurso efectivo*” (art. 2.3.a), lo que no tiene ningún parangón en el PIDESC, aunque acabamos de ver que eso no excluye completamente la justiciabilidad de los derechos sociales. Claro que, a cambio, buena parte de los derechos civiles y políticos pueden ser suspendidos “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente” (art. 4.1 PIDCP), lo que no sucede en el caso de los derechos sociales, aunque estos pueden ser objeto de limitaciones “por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática” (art. 4 PIDESC). También resulta chocante la diferencia entre las cláusula de no discriminación de ambos Pactos, que en el caso del PIDESC se matiza por lo que se refiere a extranjeros residentes en países en vías de desarrollo (art. 2.3 PIDESC).²⁰

Las diferencias en la naturaleza de las obligaciones internacionales de los Estados parte son innegables. Pero hay que subrayar que ello “no equivale a decir que el PIDESC no establezca obligaciones jurídicas auténticas, sino que se trata de deberes de diferente alcance”.²¹ Los Estados parte en el PIDESC no tienen por lo general que garantizar un resultado específico en beneficio de su población, pero sí deben comportarse de determinada manera. Como ha tenido ocasión de señalar el Comité DESC en una de sus primeras Observaciones Generales, relativa a la “índole” de las obligaciones de los Estados Parte en el Pacto:

“El concepto de *progresiva efectividad* constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los DESC en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del PIDCP (...). Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto *no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. (...) la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es *establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata*. Este impone así una *obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible* con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto

²⁰ Resulta criticable a mi entender que el Comité DESC haya pasado de puntillas sobre este particular en su Observación general n. 20, relativa precisamente a la no discriminación en materia de DESC. Vid. Nota al pie n. 22, p. 30 de la Observación.

²¹ Jaume Saura Estapà: “La universalización de los derechos humanos”, en Jordi Bonet – Víctor Sánchez: *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, editorial Huygens, Barcelona, 2008, p. 123.

requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”²²

Además, respecto de ciertas dimensiones del Pacto, como la no discriminación, sí existen “obligaciones inmediatas y de alcance general”.²³

En todo caso, el reto desde el punto de vista de la exigibilidad de los derechos sociales radica en cómo evaluar esa obligación de comportamiento en un contexto en que también la supervisión de estos deberes en el plano internacional tiene distinto alcance en un caso y otro.

3.2 Supervisión del cumplimiento del PIDESC: El protocolo facultativo de 2008.

3.2.a) El PIDESC es el único tratado de derechos humanos de Naciones Unidas (descontando la muy primigenia Convención contra el Genocidio) que no prevé el establecimiento de un órgano específico de supervisión de sus disposiciones. Como es sabido, el ECOSOC suplió esta deficiencia en 1985, con la creación del Comité DESC, que funciona a imagen y semejanza del resto de órganos de tratados.²⁴

Originariamente, el ECOSOC, y luego el Comité DESC, sólo tenía competencia para recibir los “informes periódicos” de los Estados en los términos previstos en la Parte IV del PIDESC. Aunque este mecanismo, que hallamos en todos los tratados de derechos humanos elaborados en el seno de la ONU, ha sido justamente tachado de débil, no podemos menospreciar su relevancia desde la perspectiva de la “exigibilidad” de los DESC a los Estados en el plano internacional. Una exigibilidad que no es idéntica a “justiciabilidad”, sino que se refiere estrictamente al carácter vinculante de los compromisos asumidos por el Estado. Y, aunque dichos compromisos no se traduzcan en obligaciones de resultado, existen múltiples indicadores que pueden señalar con suficiente precisión si el Estado se halla en situación de vulneración o no de un derecho de realización progresiva.

Así lo ha interpretado desde el primer momento el Comité DESC, que en su primera Observación General identificó como uno de los objetivos del sistema de informes periódicos “proporcionar una base sobre la cual el propio Estado Parte, así como el Comité, puedan evaluar de manera efectiva la *medida en que se han hecho progresos* hacia el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto”. Para ello, el comité apunta que “es importante *fijar metas específicas* con respecto a [por ejemplo] la reducción de la mortalidad infantil, el alcance de la vacunación de niños, el consumo de calorías por persona, el número de personas por cada miembro del personal médico, etc.” Y, dado que el Comité atribuye especial importancia al concepto de “realización progresiva” de los derechos pertinentes, “el Comité insta a los Estados Partes a que incluyan en sus informes *datos que permitan apreciar el progreso* logrado en adecuados plazos con respecto a la aplicación efectiva de los derechos pertinentes. Por la misma

²² Observación General n. 3 (1990), párrafo 9. El subrayado es nuestro.

²³ Observación General n. 20 (2009), pár. 7.

²⁴ Jaume Saura Estapà: “El sistema de las Naciones Unidas de protección de los derechos humanos”, en Jordi Bonet – Víctor Sánchez: *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, cit., p. 199.

razón, es evidente que se requieren datos tanto cualitativos como cuantitativos a fin de evaluar de manera adecuada la situación”.²⁵

Chacón Mata ha desarrollado ampliamente esta idea de *indicadores* de los derechos sociales, que para él han de cumplir, entre otros, el objetivo de “*Velar por el cumplimiento de los principios fundamentales de los derechos*, al determinar si se están realizando los derechos sin discriminación, y con suficientes progresos, suficiente participación popular y recursos efectivos y *velar por el acceso seguro, por medio de las normas e instituciones, las leyes y un entorno económico propicio* que convierta los resultados derivados de la satisfacción de las necesidades en derechos efectivos”.²⁶ Los indicadores han de permitir así, a escala internacional, evaluar tanto la exigibilidad directa como indirecta de los derechos sociales.²⁷ Como ha apuntado Gómez Isa, la falta de datos sobre derechos sociales implica que los tribunales sean reticentes a tratar de la violación de estos derechos y que consideren que no pueden involucrarse en decisiones que corresponden a políticas públicas que deben ser adoptadas por los gobiernos.²⁸

3.2.b) Tras arduas negociaciones que se prolongaron por más de un decenio, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 10 de diciembre de 2008, un Protocolo Facultativo al PIDESC²⁹ por el que se establece un triple sistema de supervisión de los derechos reconocidos en el Pacto. El Protocolo no establece un nuevo órgano de supervisión del Pacto, sino que se “habilita” al Comité DESC a ejercer las funciones previstas por el Protocolo.³⁰ Bajo esta premisa, los Estados parte en el Protocolo se comprometen a aceptar la competencia del comité para conocer de quejas individuales, mientras que las otras dos funciones que establece el Protocolo (quejas interestatales y actuación de oficio del comité) se articulan como cláusulas opcionales.

Respecto de las *quejas individuales*, el Protocolo sigue el esquema y contenido de los instrumentos universales al uso, con algunas particularidades. Las comunicaciones las pueden someter “individuos o grupos de individuos”, en su propio nombre o en representación de otros, si bien en este último caso debe en principio constar el consentimiento de las presuntas víctimas (art. 2).

Los requisitos de admisibilidad son prácticamente idénticos a los del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, aunque algunos de ellos cobran

²⁵ Observación General n. 1 (1989), párrafos 6 y 7. El subrayado es nuestro.

²⁶ Vid. Chacón Mata, *Derechos económicos, sociales y culturales...*, cit. supra., p. 74-75. También, Informe de Desarrollo Humano del PNUD, de 2000.

²⁷ El autor realiza un ejercicio muy interesante de identificación de indicadores específicos para cada uno de los derechos del PIDESC. Para Chacón, por ejemplo, en el caso del derecho a la salud esos indicadores pueden tener carácter estructural (el reconocimiento del derecho a la salud en la Constitución y leyes nacionales, entre otros), de proceso (número de instalaciones sanitarias con determinados servicios, etc.) y evolutivo (hechos que son resultado de las políticas de salud, como la tasa de mortalidad infantil o el porcentaje de mujeres que han sufrido mutilación genital). Vid. Chacón Mata, *Derechos económicos, sociales y culturales...*, cit. supra., p. 104-107.

²⁸ Vid. Gómez Isa, “The reversibility...”, cit. supra., p. 8.

²⁹ Res. 63/117, de 10 de diciembre de 2008. La apertura a la firma se produjo en septiembre de 2009. El Protocolo requiere únicamente 10 ratificaciones para su entrada en vigor, lo que todavía no se ha producido, puesto que hasta la fecha sólo tiene 36 firmas y 3 ratificaciones, incluyendo la de España.

³⁰ Vid. último párrafo del preámbulo.

aquí especial importancia. Por ejemplo, habrá que ver cómo interpreta el comité la típica exigencia del agotamiento de los recursos internos, cuando precisamente una de las carencias que presentan muchos sistemas nacionales es la falta de justiciabilidad de los derechos enumerados en el Pacto (art. 3.1 y 3.2.a).³¹ Asimismo, parece que también cobrará especial significación la cláusula de irretroactividad del artículo 3.2.b por cuanto muchas violaciones de derechos sociales tienen carácter continuado en el tiempo.³² Otra especificidad del procedimiento respecto de sistemas parecidos es la capacidad que se otorga al comité de desechar una demanda cuyo autor no haya sufrido un perjuicio claro, salvo que la comunicación “plantee una cuestión grave de importancia general” (art. 4).³³

Si se supera esta fase de admisión, el Estado tiene seis meses para hacer las observaciones que estime oportunas y el comité, vista la comunicación y estas observaciones, así como toda la documentación relevante emanada de cualquier órgano u organismo del sistema de las Naciones Unidas u otras organizaciones internacionales universales o regionales, emitirá una opinión, con recomendaciones, dirigida a las “partes”. A tal respecto, cabe señalar que:

- el Protocolo prevé la posibilidad de solicitar y obtener del comité la adopción de “medidas cautelares” en situaciones excepcionales y para impedir un posible daño irreparable a las víctimas (art. 5)
- el comité debe intentar, antes de entrar en el fondo del asunto, un arreglo amistoso entre las partes (art. 7)
- al examinar el asunto y, sobre todo, la adecuación de las medidas adoptadas por el Estado, se le recuerda al comité que los Estados Parte pueden tomar “una amplia variedad de posibles medidas políticas para la aplicación de los derechos establecidos en el Pacto” (art. 8.4). En otras palabras: *in dubio, pro Estado*.³⁴
- el Estado parte debe presentar observaciones al dictamen del comité en un plazo de seis meses, incluyendo información sobre las medidas adoptadas a la luz de las recomendaciones del comité (art. 9)

Todo el proceso es confidencial (art. 6 y 8.2) si bien las conclusiones del comité y el seguimiento que se haga al Estado deben hacerse públicos (art. 16).

³¹ En opinión de Catarina de Albuquerque, presidenta del grupo de trabajo encargado de redactar el Protocolo, “si ces voies de recours ne sont pas efficaces, l’individu pourra aller directement devant le Comité. Or, l’absence d’effet direct des droits du Pacte devant le juge interne est une manifestation de cette inefficacité. Ainsi, l’individu pourra surmonter cet obstacle et aller directement aux Nations Unies”. Vid. Entrevista en *Revue de Droits Fondamentaux*, n. 7 (2009), [www.droits-fondamentaux.com](http://www.droits-fondamentaux.org/sites/www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf/df7entcda.pdf) (<http://www.droits-fondamentaux.org/sites/www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf/df7entcda.pdf>), p. 4.

³² Otras condiciones de admisibilidad, en cambio, no parece que vayan a generar especial controversia: demanda manifiestamente mal fundada, abusiva, anónima, etc.

³³ En este caso parece que, en la estela del Protocolo 14 al Convenio Europeo, se extiende la discrecionalidad del órgano decisor para prescindir de demandas, digamos, “testimoniales”.

³⁴ En este sentido, tiene razón Rafael de Asís cuando señala que “la interpretación de los derechos sociales es menos indeterminada que la del resto de derechos, pero que, sin embargo, la interpretación de las *medidas destinadas a la satisfacción de ese contenido*, presenta un ámbito de indeterminación mayor” (el subrayado es nuestro). Vid. Rafael de Asís, “Un apunte sobre la interpretación...”, cit. *supra*, p. 5.

Junto al mecanismo de quejas individuales, los Estados pueden aceptar la competencia del comité para conocer de otros dos tipos de asuntos. Por un lado, *quejas de otros Estados*, bajo condición de reciprocidad (art. 10). Curiosamente, lo que en otros convenios se configura como el sistema cuasi-jurisdiccional por defecto, aquí se caracteriza como (doblemente) facultativo. Por otro lado, *investigación de oficio* del comité cuando éste disponga de “información fiable que indique la existencia de violaciones graves o sistemáticas” por parte del Estado de cualquiera de los derechos contemplados en el PIDESC (arts. 11 y 12).

La adopción del Protocolo no da respuesta a la necesaria “justiciabilidad” de los derechos sociales en el plano interno,³⁵ pero sí pone fin, a nuestro entender, al debate sobre la plena “exigibilidad” de estos derechos en el plano internacional. Destacan, a este respecto, el carácter “individual” de la demanda y la inclusión de todo el articulado del PIDESC, sin restricciones, entre los derechos “demandables”.

3.3 Otras experiencias: el sistema de la Carta Social Europea y el Protocolo de 1995

En el plano europeo, el instrumento de reconocimiento de los derechos sociales tiene unas características tan originales que parece obligado hacer alguna referencia a él siquiera sea de forma sucinta.³⁶

Como es sabido, la Carta Social Europea, tanto en su versión original (1961) como revisada (1996), se plantea como un menú de derechos de entre los que los Estados parte pueden, con unos mínimos, elegir. Respecto de su supervisión, el sistema sólo prevé con carácter general un mecanismo de informes periódicos (tanto para los derechos reconocidos como respecto de los no reconocidos),³⁷ si bien un Protocolo adicional de 1995 ha instituido un sistema de “reclamaciones colectivas”. El Protocolo ha alcanzado un escaso número de Estados parte, apenas 12, lo que le resta efectividad.³⁸ Además, no otorga derechos individuales de reclamación, sino que permite el acceso al Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) únicamente a organizaciones europeas de empleados o trabajadores, organizaciones no gubernamentales inscritas en el registro del Consejo de Europa y organizaciones de trabajadores o empleadores del Estado parte reclamado. No sólo la titularidad de la legitimación activa es colectiva, también lo es la naturaleza de la reclamación: no se

³⁵ Al menos, directamente. Según Catarina de Albuquerque, “Le protocole va ainsi renouveler la question de l’effet direct des DESC devant le juge interne. En conclusion, il n’est pas exagéré de penser que le protocole peut créer en matière de DESC une révolution”, *Revue de Droits Fondamentaux*, cit.

³⁶ Sobre el sistema de la Carta Social Europea, puede consultarse, entre otros, Jiménez García, F.: “La Carta Social Europea (revisada): Entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 17/2009; y Jordi Bonet Pérez: “The European Social Charter”, en Felipe Gómez Isa: *International Human Rights Law in a Global Context*, University of Deusto, Bilbao, 2009, p. 689 ss.

³⁷ Se aplica la Parte IV de la Carta Social Europea de 1961, así como, parcialmente, el Protocolo de 1991, pese a que no está en vigor.

³⁸ En realidad, esta baja participación es sólo el reflejo extremo de un sistema de protección de derechos sociales que tampoco es universal en el Consejo de Europa. Sólo 29 Estados han ratificado la Carta Social Europea (revisada) y aún hay 8 Estados que no han ratificado la Carta Social en ninguna de sus versiones.

trata de reclamar en nombre de particulares, ni de la propia entidad reclamante, por vulneración de un derecho individual; se trata más bien de manifestar una oposición jurídica a una legislación o práctica que se considera atentatoria contra los derechos sociales aceptados por parte del Estado reclamado.

Se trata de un procedimiento cuasi-jurisdiccional, pero con un innegable componente político (la resolución definitiva la toma el Comité de Ministros del Consejo de Europa) y no vinculante (ni el informe del CEDS ni la resolución del Comité de Ministros lo son). Con todo, debemos reiterar lo dicho más arriba. Las limitaciones procesales del sistema vienen dadas por la voluntad política de los Estados miembros del Consejo de Europa de fijar un umbral de “procesabilidad” más elevado para estos derechos que para los derechos recogidos en el sistema del Convenio de Roma. Pero el hecho de que, con todas las limitaciones que hemos señalado, se pueda reclamar ante un órgano imparcial que actúa conforme a Derecho por la vulneración de la Carta Social, demuestra una vez más que, desde el Derecho internacional estos derechos y las obligaciones que de ellos se desprenden, son perfectamente exigibles a los Estados.

4. LOS DERECHOS SOCIALES EN TIEMPOS DE CRISIS

La dimensión prestacional que tienen los derechos sociales, en la medida que se vincula a la disponibilidad económica de los Estados, hace que su satisfacción sea particularmente vulnerable a una crisis económica global como la que nos afecta desde 2008. Los inevitables recortes presupuestarios parece que tengan que afectar indefectiblemente a las partidas sociales (salud, educación, dependencia). Sin embargo, la puesta en entredicho de los derechos sociales, y con ello de los servicios ligados a su satisfacción y de la intervención del Estado en la vida pública, no es en absoluto novedosa. Por el contrario, ha sido una constante desde los años 1990, lo que hace que algunos autores sean optimistas y vean la actual crisis como una oportunidad para reforzar los derechos sociales: “el fracaso flagrante de los principios que han inspirado la globalización neoliberal puede dar una oportunidad a la extensión y realización de los derechos sociales.”³⁹

Sin compartir necesariamente este optimismo, sí parece oportuno plantearse hasta qué punto son jurídicamente admisibles medidas regresivas en derechos exigibles de realización progresiva. La crisis económica (y social) obliga a una redistribución del gasto público y deviene así un *test* de la exigibilidad de los derechos sociales, que el Estado habrá de explicar ante las instancias internacionales de supervisión, de manera que sobre la base de los hitos alcanzados en informes anteriores, se deberá valorar hasta qué punto está jurídicamente justificado un progreso demasiado menguado o incluso un retroceso.

Como hemos visto más arriba, el Comité DESC ha sido muy claro en el alcance jurídico del término “progresivo” y, en consecuencia, ha puesto la carga de la prueba en el Estado que adopte medidas “regresivas” en los ámbitos que abarcan los derechos sociales. Ya hemos leído en la Observación General número 3 que “todas las medidas de carácter *deliberadamente retroactivo* en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos

³⁹ Vid. Martínez de Pisón, *op. cit.*, p. 106.

previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”. Concepto que el comité aplica en distintas Observaciones Generales relativas a derechos concretos. Por ejemplo, respecto del derecho a la salud:

“Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una *fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas* adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, *corresponde al Estado Parte demostrar* que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.”⁴⁰

Desde otra perspectiva, pero con idéntico planteamiento, respecto del derecho a la alimentación, el comité dice que: “En el caso de que un Estado Parte aduzca que la limitación de sus recursos le impiden facilitar el acceso a la alimentación a aquellas personas que no son capaces de obtenerla por sí mismas, *el Estado ha de demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles por utilizar todos los recursos de que dispone con el fin de cumplir, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.*”⁴¹ También respecto de dimensiones “conexas” de los derechos sociales, como la prohibición de discriminación, el comité ha dicho que “La falta de recursos para no acabar con el trato discriminatorio no es una justificación objetiva y razonable, a menos que el Estado parte se haya esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone para combatirlo y erradicarlo con carácter prioritario”.⁴²

Aunque en ninguno de estos casos hay prohibición absoluta de regresión, la carga que se pone sobre el Estado para justificarla es notable. Además, se nos aparece como crucial la concreción de unos contenidos esenciales que no admitirían regresión bajo ninguna circunstancia,⁴³ así como la referencia a los “indicadores” que permitan valorar el alcance de la satisfacción de cada uno de estos derechos. Por encima de todo, la palmaria “exigibilidad” de los derechos sociales en Derecho internacional positivo se erige como un dique jurídico frente a regresiones injustificables, presuntamente

⁴⁰ Observación General n. 14 (2000): “El derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud (art. 12)”, párrafo 33. Casi idénticos son los párrafos 45 de la Observación General n. 13 (1999), relativa al derecho a la educación; y 19, de la Observación General n. 15 (2002) relativa al derecho al agua.

⁴¹ Observación General n. 12 (1999), pár. 17. Principio de no regresividad al que no fue ajeno nuestro intérprete constitucional en su primera jurisprudencia, tanto en lo relativo a derechos laborales (STC 81/1982) como al régimen de la Seguridad Social (STC 37/1994).

⁴² Observación General n. 20 (2009), pár. 13.

⁴³ El comité se ha dicho que “El Pacto se viola cuando un Estado no garantiza la satisfacción de, al menos, el nivel mínimo esencial necesario para estar protegido contra el hambre” [Observación General n. 11 (1997), pár. 7]. En el contexto del derecho a la educación, ha identificado como contenido esencial: “el velar por el derecho de acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna; por que la enseñanza corresponda a los objetivos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13; proporcionar enseñanza primaria a todos, de conformidad con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13; adoptar y aplicar una estrategia nacional de educación que abarque la enseñanza secundaria, superior y fundamental; y velar por la libre elección de la educación sin la intervención del Estado ni de terceros, a reserva de la conformidad con las normas mínimas en materia de enseñanza” [Observación General n. 13 (1999)]. Y aún ha detallado más estos contenidos en el párrafo 12 de la Observación General n. 14 (2000) relativa al derecho a la salud y 37 de la Observación General n. 15 (2002), relativa al derecho al agua.

amparadas en situaciones de crisis socioeconómica como la que estamos viviendo en la actualidad.

5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Los derechos sociales son derechos humanos, imprescindibles para satisfacer una parte importante del valor de la dignidad humana. Una vez positivizados en derecho nacional o internacional, generan obligaciones en los Estados tanto de carácter positivo como de corte abstencionista, como los derechos civiles y políticos. Son, pues, derechos en sentido jurídico del término; y, por tanto, son exigibles tanto en el plano nacional como en el internacional. Cada uno de ellos tiene un alcance y un contenido perfectamente delimitable de carácter esencial, que permite señalar el tenor de las obligaciones que tiene un Estado para su satisfacción. Un contenido esencial que coincide con el contenido exigible jurídicamente. Aunque no siempre con el contenido exigible *judicialmente* debido a las limitaciones de la leyes procesales.

En el plano internacional, la exigibilidad de estos derechos está ligada a la propia estructura del Derecho internacional, escasamente jurisdiccional. Con todo, con la adopción del Protocolo facultativo al DESC, deja de existir ninguna diferencia significativa entre la exigibilidad de los derechos civiles y políticos y de este grupo de derechos.

El carácter progresivo de las obligaciones de los Estados respecto de los DESC no es contradictorio con su exigibilidad, como prueba precisamente que, en tiempos de crisis como el actual, los Estados no tengan un derecho irrestricto a deshacer los logros alcanzados en materia social, sino que por el contrario tengan el deber de seguir progresando o al menos de mantener lo alcanzado, salvo que les sea materialmente imposible. La carga de la prueba de esa imposibilidad recae en el Estado que realiza o permite regresiones deliberadas en la satisfacción de los derechos sociales; y en ningún caso justifica recortes sobre los contenidos esenciales de estos derechos.